

AGU - Advocacia Geral da União
AguSin - Sistema de Informações Sobre Normas

PROCESSO: Nº 00002.002045/96–88
ORIGEM: Ministério da Fazenda
ASSUNTO: Sigilo bancário e fiscal frente ao TCU.

Parecer nº GQ - 110

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/PRO-04/96, de 02 de setembro de 1996, da lavra do eminente Consultor da União, Dr. MIGUEL PRÓ DE OLIVEIRA FURTADO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.
Brasília, 09 de setembro de 1996.
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União
PARECER Nº AGU/PRO–04/96 (Anexo ao Parecer nº GQ-110)
PROCESSO N. 00002.002045/96–88
ASSUNTO: SIGILO BANCÁRIO E FISCAL FRENTE AO TCU
EMENTA : Regra constitucional não escrita outorga ao TCU, quando em missão também constitucional de inspecionar bens e valores públicos, direito de examinar informações mesmo sigilosas, desde que intimamente vinculadas a inspeções ou auditorias em curso. Considerando que tal acesso não é indiscriminado, como sugerem as decisões 224/94 e n. 670/95 do Tribunal, e tendo em vista a gravidade das penas a que se sujeitam autoridades e funcionários, quer atendam às solicitações, quer deixem de a elas atender, aconselha-se a submissão da questão ao Judiciário.
PARECER
O Ex.mo Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República submete à apreciação de V. Ex.ª o dissídio que se estabeleceu entre o Tribunal de Contas da União – TCU, de um lado, e a Secretaria da Receita Federal – SRF, e o Banco Central do Brasil – BACEN, de outro, a respeito de prestação de informes sigilosos. É de grande interesse a consulta, porque coloca em pólos opostos órgãos de Poderes diversos da República.
Resume-se a questão em saber se o BACEN e a SRF podem franquear o acesso do TCU a informações que a legislação timbra de sigilosas.
O TCU – segundo atestam transcrições das Decisões n. 224/94 e 670/95 feita em parecer da Procuradoria–Geral da Fazenda Nacional – PGFN, considera que nenhum sigilo lhe pode ser oposto:
Decisão n. 224/94:
"8.5 – Comunicar ao Banco Central do Brasil que o entendimento firmado por este Tribunal, com relação ao TC-001.202.279/92-6, é que o sigilo bancário de que trata o art. 38 da Lei nº4.595/64, não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas pelo TCU, em face das normas constitucionais e legais em vigor (art. 70, caput, e 71, incisos e parágrafos da Constituição Federal, e art. 42 da Lei n. 8.443/92), sob pena das sanções previstas em lei (§§ 1ºe 2ºdo art. 42 da Lei nº8.433/92, c/c o art. 58, inciso IV da mesma lei), mantendo-se o referido sigilo".
Decisão n. 670/95:
"8.1 – firmar entendimento de que o sigilo fiscal de que trata o art. 198 da Lei n.º5.172/66 (Código Tributário Nacional) não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas por esta Corte de Contas, em face das normas constitucionais e legais em vigor (art. 70 caput, e 71, incisos e parágrafos da Constituição Federal, art. 42 da Lei n. 8.443/92 e art. 54 da Lei nº 3.470/58) sob pena das sanções previstas em lei (parágrafos 1ºe 2ºdo art.42 c/c art. 58, incisos IV e V e art. 44 da Lei nº8.443/92).
3. O Banco Central, escudado no art. 38 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a SRF, nos arts. 197, 198 e 199 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, recusam-se sistematicamente a fornecer dados protegidos pelo sigilo bancário e pelo sigilo fiscal.
4. Direitos fundamentais– Antes de iniciar os comentários ao art. 153 da Constituição federal de 1967, com a redação e a numeração dadas pela Emenda n. 1, de 1969, e ao estudar o conceito de direito fundamental,PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV. 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 617 e seguintes) salienta a existência de direitos constitucionais não fundamentais, para, a seguir, distinguir, dentre os fundamentais, os que têm origem constitucional dos que lhe são anteriores. Estes, diferentemente desses e daqueles, são absolutos e o próprio Estado não pode deixar de atendê-los: "Direitos fundamentais valem perante o Estado e não pelo acidente da regra constitucional" (op. c., Tomo IV, p. 617) (Grifos do original). Poucas páginas à frente, especifica:
"Quando o Estado, sem ser obrigado a edictar alguma regra jurídica, ou a reconhecê-la como implícita, porque a ordem jurídica supra-estatal não o contém, edicta regras jurídicas em que se traduz a equação the man versus the State; portanto, por sugestão sua, própria, ou do seu povo, o direito é fundamental, porém não supra-estatal. Assim, nem todos os direitos que aparecem nas Declarações de Direitos são supra-estatais: são direitos fundamentais, ou apenas, constitucionais(Direitos e garantias). Os direitos supra-estatais, pelo menos sistematicamente, são concebidos como anteriores ao Estado" (p. 624, 625) (Grifos do original).
5. Impossibilitado, porém, de fundá-los no Direito Natural, que sua imensa formação positivista impedia, insere-os ainda no âmbito jurídico, mas como princípio do Direito das Gentes:
"Os direitos fundamentais limitam os poderes do Estado. Até há pouco a doutrina e os legisladores constituintes falavam, vagamente, de faculdades do Estado, ou atribuíam a tais limitações caráter de ordem de Deus, ou de direito natural, ou, mais modestamente, de regra jurídica a priori. Só recentemente, quando começaram a avivar-se certos traços da distribuição supra-estatal das competências, foi que se viu que algum desses direitos são conteúdo de princípios de direito das gentes" (p. 621).
6. Ainda que por via diversa chegou-se ao mesmo resultado. Mas MARITAIN já chamou a atenção para o que ele denominou de "conclusões práticas" a que homens da mais diversa formação chegam, desde que se não se lhes peça a fundamentação:
"Como o demonstrou de modo muito claro a Declaração Internacional de Direitos publicada pelas Nações Unidas em 1948, não é fácil, sem dúvida, mas é possível estabelecer uma formulação comum dessas conclusões práticas ou, por outras palavras, dos vários direitos possuídos pelo homem em sua experiência pessoal e social. Seria, entretanto, completamente fútil procurar uma justificação racional comum para essas conclusões práticas e para esses direitos.

Se tal fizéssemos, correríamos o risco de impor um dogmatismo arbitrário ou deter-nos-iam diferenças irreconciliáveis. O problema que ora se levanta é o do acordo prático entre homens que, teoricamente, se opõem uns aos outros. (...)
Durante uma das reuniões da Comissão nacional Francesa da UNESCO, na qual se discutiam os Direitos do Homem, espantou-se alguém de que proponentes de ideologias violentamente opostas houvessem concordado no levantamento de uma lista de direitos. Sim, replicaram eles, concordamos na enumeração desses direitos, contanto que não nos perguntem por quê. A partir do por quê, começa a divergência" (JACQUES MARITAIN. O Homem e o Estado.3. ed. Rio: Agir, 1959. P. 91 e 92 – Grifos do autor).
7. Mas que direitos fundamentais supra-estatais são esses ?
Dentre outros, evidenciados ao longo do estudo, eis alguns mencionados por PONTES:
"A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade da correspondência (correios, telégrafos, telefones) são tidas como direitos fundamentais absolutos. Relativos são os direitos de contrato, de comércio e indústria, e o direito de propriedade. Existem esses, mas valem conforme a lei; à diferença daqueles, que se formulam de modo absoluto, apenas cabendo à lei regular as exceções" (op. c. Tomo IV, p. 618, 619 – Grifos do original).
8. Citados aí pelo autor estão os direitos previstos nos incisos XI e XII do art. 5ºda atual Constituição federal. O direito à intimidade e à vida privada isentas de bisbilhotices públicas que a Constituição reconhece no art. 5°, X, conquanto não mencionados por PONTES, porque a Carta anterior não o continha de forma explícita, parece dever também ser entre eles inserto. Os direitos, à intimidade e à privaticidade, portanto, seriam daqueles direitos fundamentais supra-estatais que o próprio constituinte estaria adstrito a aceitar. Aliás, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada em 1948, em cujo primeiro considerandumse atesta que a "dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", estipula:
"Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."
Tais anseios, talvez mais ardentes à época porque estavam muito vivos na lembrança os horrores da guerra total recém-acabada, só se constitucionalizaram em maior amplitude, no Brasil, em 1988:
"Art. 5º. (...)
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."
9. Mesmo antes, porém, de constitucionalizar-se a regra, mas numa clara demonstração de compreensão antecipada da questão, o STF, no Mandado de Segurança n. 2.574 – MG (RTJ, 2/429), protegia de olhares indiscretos as fichas cadastrais dos bancos, assentando que
"Não há lei que obrigue um banco a exibir o seu fichário cadastral de natureza sigilar e de seu uso privado. Assim é ilegal, e pode ser anulado por mandado de segurança, a ordem judicial de exibição.
O voto do Min. VILLAS BOAS continua:
"As fichas cadastrais são organizadas pelos bancos para seu uso exclusivo, pertencendo ao seu arquivo secreto. Nelas são consignadas informações várias sobre a idoneidade financeira e moral dos que operam na praça.
"Constituindo esse documentário, de natureza sigilar, que não é comum às partes mas privativamente seu, o Banco não pode ser compelido a mostrá-lo a quem quer que seja ainda que a sua recusa, como no caso, possa ser interpretado como falta de colaboração com a Justiça."
Ressai do acórdão a dupla proteção concedida: a do cadastrado, cuja vida negocial deixa de ser exposta a terceiros, e também a do banco que não se vê coagido a expor um conceito, uma mera opinião pessoal sobre a correção dos seus clientes que, por deficiência de dados, pode até não ser verdadeira,. Os bancos, como as pessoas naturais, não podem ser coagidos, nem mesmo judicialmente, a dizer o que pensam de terceiros.
10. Sigilo Bancário– Está visto, portanto, que o direito da pessoa – melhor que "do indivíduo" (cf. MARITAIN. Os Direitos do Homem. 3. ed. Rio: José Olímpio, 1967. P 15 e ss.) – à intimidade e à vida privada tem conspícua origem e mesmo que não se conseguisse ainda atá-lo ao gênero dos direitos fundamentais supra-estatais, onde o insere o Direito Natural, certo é que constitui espécie de direito fundamental constitucional.
11. O que importa agora é saber se o sigilo bancário está ancorado nesse preceito constitucional.
12. No geral, mesmo dentre os autores que pretendem um sigilo menos rígido, costuma-se vincular o sigilo bancário a esse preceito constitucional. No Supremo Tribunal Federal, se excetuarmos os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e FRANCISCO REZEK, talvez a maioria dos demais tenda a ver o sigilo bancário como desdobramento do direito à Privaticidadeinserto no inciso X do art. 5º da Constituição. Pensam assim os Ministros MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORREIA e ILMAR GALVÃO. Eis, por exemplo, o que se pode ter por síntese do pensamento do Min. CELSO DE MELLO:
"Sabemos que a tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5°, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público" (Agravo Regimental em Inquérito n. 897-DF), (O negrito é do original).
Aliás, na mesma linha também se manifestaram CARLOS VELLOSO e CÉLIO BORJA na Petição n. 577-DF (RTJ, 148/366).
13. No STJ, cite-se, no mesmo sentido, o entendimento unânime da Primeira Turma, no Recurso Especial n. 37.566-5-RS, de que foi Relator o Min. DEMÓCRITO REINALDO (RSTJ., 60/357)
14. Na Doutrina poderíamos mencionar, dentre outros, MIGUEL REALE (1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico), TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (Sigilo de dados: O Direito à **privacidade** e os limites à função fiscalizadora do Estado, in Cadernos de Direito Tributário e Finança Públicas, 1/141, 1992), ARNOLD WALD (O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiros e na lei complementar n. 70, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 1/196, 1992) e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (Sigilo bancário, Direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade, in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1992).
15. O art. 5º, XII– Alguns doutrinadores e mesmo algumas decisões fundam o direito à privaticidadeora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição. A redação ambígua do inciso XII contribui para isso, embora pareça possível (e desejável) que se estremem as hipóteses previstas nos dois incisos.
O inciso X , de forma clara, protege a pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento da pessoa. É certo que ambos resguardam, em última análise, a pessoa, mas um versa sobre a pessoa em si, enquanto o outro diz respeito à manifestação de pensamento dela. Embora pareça sutil a diferença, trata-se de coisas diversas. O direito à proteção da intimidade (senso amplo) da pessoa é diverso do direito à proteção do sigilo às suas manifestações de pensamento. São enfoques vários, embora a pessoa seja o alvo de proteção de todos esses direitos.
16. Creio que se deve a PONTES DE MIRANDA, em obra de 1944, a indicação precisa do fundamento em que se baseia o sigilo da correspondência. É conveniente conhecer-lhe o pensamento, conquanto longa a citação:
"Durante trinta anos de estudos dos direitos do homem, no terreno jurídico e no político, como em suas bases filosóficas, nunca nos satisfez o que encontráramos sobre a inviolabilidade da correspondência e o princípio do segredo profissional. Sempre nos intrigou a presença desses enunciado, que nos parecia isolado, singular, entre os outros enunciados de direitos públicos básicos.

Os escritores costumam enumerar os direitos fundamentais – uns de liberdade, outros de igualdade – e abruptamente falar do princípio da inviolabilidade da correspondência, sem lhe indagar da natureza ou da procedência lógica. Nós mesmos dele tratamos. em diferentes obras, sem lhe descobrirmos a estrutura e a procedência lógicas. Somente após tentativas para pô-lo em sistema lógico, segundo métodos de lógica simbólica, com que por vezes submetemos a prova enunciados nossos, foi que chegamos à conclusão que nos pareceu satisfatória: trata-se, apenas, de um dos casos de liberdade do pensamento – a liberdade de não emitir o pensamento. Assim, a inviolabilidade da correspondência, o segredo profissional, o segredo em geral, encontram o seu lugar sistemático. Ao mesmo tempo lhe percebemos a parecença com as outras liberdades de negação– a liberdade de ser ateu ou de ser contra as religiões, de que acabamos de falar e a de inviolabilidade de domicílio, cuja análise também não encontramos feita" (PONTES DE MIRANDA. Democracia, Liberdade, Igualdade [Os três caminhos]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 360).

17. Esse texto que o autor reproduziu nos comentários que fez à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, assim continua:

"Para bem apanharmos o lugar em que nasce a liberdade correspondente à inviolabilidade de correspondência, é suficiente atentarmos na gradação: liberdade de pensar, liberdade de não pensar; liberdade de emitir o pensamento, liberdade de não emitir o pensamento; liberdade de emitir o pensamento para todos, liberdade de só o emitir para alguns ou para alguém, ou para si mesmo.

De modo que a liberdade de não emitir o pensamento se esgalha, como ocorre às outras.

a) Liberdade de não emitir o pensamento, cuja espécie mais radical é a de pensar e de não emitir o pensamento de maneira nenhuma.

b) Liberdade de não emitir o pensamento, exceto para reduzido número (e.g., segredo da correspondência circular, dos avisos reservados a empregados, ou a amigos, habitantes de prédio ou de povoação).

c) Liberdade de não emitir o pensamento, exceto para um(e.g., cartas particulares) (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV. 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 170 – Grifos do original).

18. A leitura agora feita do inciso XII leva-nos ao entendimento de que o Constituinte agrupou os quatro meios de transmissão física do pensamento: a) correspondência, telegramas, dados (via computadores) e telefonemas.

Assim, os dados (de computação), vistos estaticamente, são protegidos de maneira diversa. Já a transmissão desses dados – que, por sinal, hoje é feita através de linhas telefônicas – é que é alcançada pelo inciso XII. Ainda que esses dados sejam públicos, está vedada a interceptação deles durante a transmissão..

19. Versando sobre o § 9º do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, lembrou PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo V. 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 174) que

"O art. 153, § 9º, não protege, constitucionalmente, toda a liberdade de não emitir o pensamento. Só se refere ao sigilo da correspondência e ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. Fora daí, têm de ser invocadas outras regras jurídicas da Constituição de 1967, ou das leis ordinárias. Mas basta haver a transmissão para que incida o art. 153, § 9º (O negrito não é do original, mas a sublinha o é).

20. Do mesmo entender é o Prof. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. "Sigilo de Dados: O direito à **privacidade** e os limites à função fiscalizadora do Estado. P. 145, 146), após o exame redacional do inciso XII, em que aprecia a pontuação e os conectivos, ensina:

"Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nesta transmissão, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violando o sigilo de dados."

A regra constitucional do inciso XII apanha, pois, apenas a transmissão. E no Recurso Especial n. 37.566-5 – RS, o Min. DEMÓCRITO REINALDO menciona exclusivamente o inciso X (RSTJ, 60/357).

21. Registre-se, porém, a bem da verdade, que, mesmo no STF, a matéria continua controversa. No MS n. 21.729-4, os Min. MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA e CELSO DE MELLO fundam-se em ambos os incisos – X e XII – do art. 5º da Constituição; já os Min. FRANCISCO REZEK e SEPÚLVEDA PERTENCE seguem o entendimento do Prof. TÉRCIO FERRAZ.

22. Limitabilidade de direitos supra-estatais– Ainda que tidos como fundamentais e supra-estatais, e, portanto, inextinguíveis pelo Estado, os direitos à intimidade e à vida privada, que talvez se possam genericamente chamar de direitos à privaticidade, ficam sujeitos a limitações:

"Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor das exceções. Quer dizer: o Estado aponta casos em que o direito não existe, devendo, porém, ficar dentro do âmbito que o conceito supra-estatal de cada um desses direitos lhe deixa" (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV, 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 626).

Todavia, o exercício dessa faculdade só se faz possível mediante norma legal, ainda que não-escrita.

23. O Sistema Financeiro e o Código Tributário– Em 31 de dezembro de 1964, editou-se, no Brasil, a Lei n. 4.595, cujo art. 38, recepcionado pela Constituição, segundo a Doutrina e a Jurisprudência, assim dispõe:

"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1°. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2°. O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3°. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n°1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações [de] que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 4°. Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2°e 3°deste artigo deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5°. Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6°. O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7°. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

24. Dois anos depois do disciplinamento do sistema financeiro, editou-se a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, que, no capítulo referente à fiscalização, prescreveu as seguintes normas:

"Art. 197.Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)
II – Os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;
Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão
Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.
Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.
Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.
25 Essas são, pois, dentre outras, algumas das hipóteses que o legislador entendeu de excepcionar. Considere-se, no entanto, que – e o Parecer PGFN/N°833/96, de autoria do Dr. CARLOS EDUARDO DA SILVA MONTEIRO já chama a atenção para isso – em razão de a Constituição de 1988 prescrever que ambas as matérias se regulam por lei complementar, as alterações que nelas se pretendam fazer demandam essa classe de leis.
26. Os bancos e o fisco – Durante longo tempo, houve entendimento doutrinário de que o parágrafo único do art. 197 do Código Tributário harmonizava-se com os parágrafos do art. 38 da Lei n. 4.595. A única exceção prevista no Código dizia respeito – entendia-se – à proteção do segredo profissional de advogados, médicos etc. e não ao sigilo bancário, uma vez que os bancos eram expressamente citados no art. 197, dentre os que deviam prestar informes ao fisco.
Esse foi o ensinamento de ALIOMAR BALEEIRO (Direito Tributário Brasileiro.6. ed. ver. e acresc. Rio: Forense, 1974. P. 550):
"O parágrafo único do art. 197 naturalmente está endereçado à proteção do segredo profissional em relação às quaisquer entidades ou pessoasde todas as atividades e profissões, a que se refere o inciso VII desse mesmo dispositivo. Não se conceberia que o advogado e o padre, por ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função de sua atividade, contra delações a que os obrigaram, e até os punem se as fizerem (Cód. Penal, art. 154).
Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confitentes."
No mesmo sentido foi a lição de HUGO DE BRITO MACHADO (Curso de Direito Tributário.4. ed. Rio: Forense, 1987. P. 136):
"O dever de informar encontra limite no denominado sigilo profissional. Assim não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a guardar segredo em razão de cargo, ofício, função, magistério, atividade ou profissão (C.T.N., art. 197, parágrafo único)."
Confira-se ainda JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (Constituição Federal Anotada. 2.ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 238), adiante citado.
27. É verdade que o parágrafo único do art. 197 também se referia a manutenção de sigilo sobre fatos conhecidos em razão de "atividade", o que seria suficiente para execpcionar a atividade bancária. Mas como admitir tal interpretação, se os bancos vinham expressamente mencionados, no caputdo mesmo artigo como obrigados à prestação de informações ? ! Se excluíssemos as "operações ativas e passivas e serviços prestados"(art. 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1965), que são as que se sujeitam ao sigilo, o que sobraria para justificar a inclusão dos bancos no art. 197 do Código Tributário?!
28. Editada a Constituição de 1988, a interpretação conjugada de dois dispositivos provocou uma guinada de cento e oitenta graus: o primeiro, o art. 5º, X (se se quiser, acrescente-se também o inciso XII) e o outro, o art. 145, verbis:
"Art. 145. (...)
§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte" (o negrito não é do original).
Embora o texto pudesse ser interpretado como autorização específica ao fisco para ter acesso às informações sigilosas dos bancos, desde que "nos termos da lei", i. é, o acesso só se daria quando previsto em lei, como era o caso dos parágrafos 5º e 6º do art. 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1964, houve quem entendesse, numa interpretação restritiva, que a referência a "direitos individuais"aí feita, de fato, fechava-lhe a porta. No Supremo Tribunal alguns Ministros aderiram a esse último entendimento. Essa é a visão do Min. MARCO AURÉLIO que, embora sem mencionar o art. 145, só admite o acesso do fisco às operações e serviços bancários com ordem judicial. Na mesma linha, figuram os Ministros MAURÍCIO CORRÊA (com invocação expressa do art. 145, § 1º), CELSO DE MELLO e ILMAR GALVÃO, todos eles em votos, no MS n. 21.729-4.
29. A Primeira Turma do STJ, no Recurso Especial n. 37.566-5 – RS, ainda que se fundando numa interpretação – digamos – um tanto estranha do parágrafo 5º do art. 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1964, chegou ao mesmo resultado:
"Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade.
O Sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).(...)
Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei" (RSTJ, 60/357).
Agora, à vista desse entendimento, nem mesmo o fisco tem mais acesso às informações bancárias sem o auxílio do Judiciário.
30. Os bancos frente ao TCU– Conforme vimos acima, é indispensável que a lei outorgue poder aos requisitantes de informações bancárias sigilosas. Antes, porém, de examinar cada uma das leis invocadas, para saber se o TCU está a tanto autorizado, urge saber que espécie de tribunal é o TCU.
31. Conquanto tribunal, o TCU é tribunal de natureza administrativa, que inegavelmente exerce função ancilar do Congresso Nacional, sem nenhum vínculo com o Judiciário. Ao longo de sua centenária existência teve variadas funções e gerou intensa controvérsia sobre sua natureza e sobre o significado do termo "jurisdição", usado na Constituição. ISAIAS COSTA DIAS e EVALDO LOPES DE ALENCAR, em tese apresentada ao 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil (Os Tribunais de Contas e o sigilo bancário), fazem resenha dessas doutrinas. No centro das divergências está o poder de julgar(art. 70, II) e o exercício de jurisdição(art. 73), que a Constituição de 1988 repete, em nada contribuindo para esclarecer a questão.
"A expressão jurisdição– ensina PONTES – no sentido de todo o poder público, toda a potestas jurisdicendi, seja legislativa, seja judiciária, seja executiva, denuncia conteúdo medieval. O direito canônico ainda mantém esse significado de abarcamento de todo o poder público; o direito das gentes e o direito público interno laico falam de jurisdição do Estado A e de jurisdição do Estado-membro b, ou de jurisdição do delegado policial ou fiscal b. O exato

sentido técnico é restrito; o de julgar, o de dizer qual o ius que incidiu: dicere ius"(Comentários ao Código de Processo Civil [de 1973]. Tomo I.1ª ed. Rio: Forense, 1974. P. 78, 79).
32. Em que sentido o art. 73 o empregou ?
JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo.5ªed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. P. 629) parece entender o termo em sua acepção antiga, porque, nada dizendo quanto ao art. 73, quando examina a faculdade de "julgar contas", afirma que "não se trata de função jurisdicional, não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas".
33. Já PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III, 3. Ed. Rio: Forense, 1987. P. 254) atribui-lhe função "judicialiforme"e, embora dizendo que ´retirou-se quase toda a função judiciária" (o grifo é do autor), depois de enumerar algumas atribuições do TCU, acrescenta: "Até aqui não há qualquer decisão judicial. Somente há no art. 70, § 4º, e no art. 72, § 8º, [onde] se diz que ao Tribunal de Contas cabe julgar (julgará) da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independendo de sua decisão as melhorias posteriores."

34. O Supremo Tribunal, de seu turno, editou a Súmula n. 6, assim concebida:
"A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário."
35. Feita essa digressão sobre o Tribunal de Contas, retome-se o fio da meada para verificar se alguma das normas citadas pelo TCU lhe outorga acesso a informes sigilosos, uma vez que sua qualidade de tribunal sem vínculo com o Judiciário exclui-o das exceções do art. 38 da Lei n. 4.565, de 31,12.1964, e do parágrafo único do art. 198 da Lei n. 5.172, de 25.10.1966.
36. A Lei n. 3.470, de 28.11.1958– Estabelecia o art. 58 desse diploma legislativo, invocado pelo TCU, que
"Art. 58. Nenhuma informação poderá ser dada sobre situação fiscal e financeira dos contribuintes, sem que fique registrado, em processo regular, que se trata de requisição feita por magistrado no interesse da Justiça ou por chefes de repartições federais, diretores da Prefeitura do Distrito Federal e Secretários da Fazenda nos Estados, no interesse da administração pública.
Parágrafo único. As informações requisitadas pelos diretores da Prefeitura do Distrito Federal e Secretários da Fazenda Estadual somente poderão versar sobre receita e despesas das firmas ou sociedades, bem como a respeito de propriedades imobiliárias."
37. Esse artigo está inserto em lei que alterava a legislação do imposto de renda e, ao que se vê de forma clara, não diz respeito a sigilo bancário, mas a sigilo fiscal. O que o artigo regula é o sigilo a ser observado pela Fazenda, e as únicas exceções que estabelece são em benefício da Justiça e de outras repartições do Executivo. Sem sombra de dúvida, a matéria veio a ser posteriormente regulada, pelo Código Tributário (Lei n. 5.172, de 25.10.1966) que, sendo-lhe posterior, derrogou-o, no tocante às requisições da Justiça, pelo parágrafo único do art. 198, e quanto aos pedidos das demais repartições arrecadadoras do Estado, Distrito Federal e Municípios, pelo art. 199.
Portanto, a Lei n. 3.470, de 28.11.1958, não serve de amparo à pretensão do TCU, quer porque ele não se insira em nenhuma das hipóteses admitidas, quer porque está revogada.
38. O art. 42 da Lei Orgânica do TCU– É verdade que o art. 42 parece outorgar ao Tribunal de Contas o poder de ter acesso a quaisquer documentos, sob pena de aplicação de multa (art. 58). Eis como foi redigido esse artigo:
"Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.
§ 1º. No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.
§ 2º. Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal implicará as sanções previstas no inciso IV do art. 58 desta Lei."
39. Consoante antes assinalado, ambas as leis em jogo – tanto a Lei n. 4.595, de 31.12.64, como a Lei n. 5.172, de 25.10.1966 – foram recepcionadas pela nova Constituição federal como se leis complementares fossem, i. é, como as matérias de que tratam só podem ser versadas por leis complementares, a doutrina afirma que elas adquiriram status de leis complementares. Sobre essa modificação de categoria– digamos assim – já não existe mais controvérsia, nem doutrinária nem jurisprudencial. Significa isso que, para derrogar os dispositivos das Leis que estruturaram o sistema bancário e editaram o Código Tributário preciso seria que a Lei n. 8.443, de 16.7.1992, também estivesse no nível das leis complementares. A qualidade de lei ordinária, de que goza, não lhe outorga, portanto, qualquer poder de derrogar as normas que amparam o sigilo bancário e o fiscal.

40. Os arts. 70 e 71 da Constituição federal– Estabelece a Constituição nesses artigos a competência do Tribunal de Contas da União, atribuindo-lhe, dentre outras, além da função fiscalizatória, com realização de inspeções e auditorias o poder de exigir prestação de contas das pessoas aí mencionadas e julgá-las. Em nenhum momento, porém, permite-lhe a Constituição, de forma expressa, o acesso a dados protegidos pelo sigilo bancário e fiscal, como se pode ver:
Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.
Art.71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre

resultados de auditorias e inspeções realizadas;
VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.
§ 1.º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.
§ 2.º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.
§ 3.º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
§ 4.º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.
41. Se autorização expressa não há, cumpre examinar a possibilidade de extrair-se tal poder das funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, porque não se pode olvidar que, segundo PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo I, 3. Ed. Rio: Forense, 1987. P. 103):
"Nos nossos dias, o contigente de regras não-escritas de direito constitucional é enorme: não só porque o direito constitucional supõe princípios gerais concernentes ao conceito de Estado e desenvolvíveis tautologicamente, ou ao conceito de federação, ou ao conceito de Município, ou relativos à divisão e à harmonia dos poderes, ou, ainda, à matéria de Declarações de Direito, do estado de sítio, da rigidez das Constituições, do Método de Fontes e Interpretação das regras constitucionais, como porque a ciência procede, quotidianamente, a crítica cerrada de conceitos e de enunciados, fixando-os, ou precisando-os, de modo que o intérprete de uma Constituição tem de lançar mão de todo esse material rico – e enriquecível a cada momento – pelo esforço de seu país e de fora."
42. E mais adiante, no tomo III da mesma obra, ensina PONTES:
"Qualquer órgão administrativo do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário tem de remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas. Tem esse o dever de tomar as providências para as inspeções necessárias, inclusive quanto a perícias, verificação de pagamentos, de pontualidade e de observância de qualquer lei que se refira à matéria. Tais investigações não tem limites que resultem de inviolabilidade de correspondência e de sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 153, § 9º), se não se vai além daquilo que diz respeito ao que há de constar de contas a serem prestadas, ou já prestadas. Dá-se o mesmo que ocorre no tocante às comissões de inquérito que o Congresso Nacional, ou a Câmara dos Deputados, ou o Senado Federal cria (art. 37)"(PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III, 3. Ed. Rio: Forense, 1987. P. 223).
43. Na mesma esteira, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO também consegue extrair do texto do art. 72 da Emenda constitucional n. 1, de 1969, os poderes de ter acesso a informações bancárias:
"A Lei federal n. 4.595, de 31-12-1964, instituiu a disciplina jurídica do sigilo das instituições financeiras. Determinou, em norma de ordem pública, que as instituições financeiras conservassem o sigilo (a) em suas operações (ativas e passivas) e (b) nos serviços por elas executados e prestados. A quebra do dever legal de sigilo caracteriza infração penal, perseguível mediante ação penal pública, e sujeita o responsável à pena reclusiva de um a quatro anos. O princípio do sigilo bancário sofre algumas derrogações legais. O sigilo não prevalecerá em função (a) de determinação judicial, (b) de solicitação emanada de Comissão Parlamentar de Inquérito e (c) de pedido formulado por agentes fiscais da União (Ministério da Fazenda) e dos Estados-Membros. Essas exceções evidenciam o caráter meramente relativo da norma legal que dispõe sobre o sigilo. Assinale-se, de outro lado, que a competência fiscalizadora do Tribunal de Contas estadual, de natureza marcadamente constitucional, legitima o acesso desse órgão ao conteúdo dos atos relacionados com operações financeiras realizadas no âmbito da Caixa Econômica do Estado, que é, inegavelmente, uma instituição financeira pública."
44. Em apoio desse entender, invoca CELSO DE MELLO o Parecer emitido, em 14.10.1980, por GIORDANO FELIZOLA TOJAL (Parecer n. 83/80, publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a fls. 15 e ss.).
45. Foi diante da pretensão fiscal de invadir sem limites os domínios do sigilo bancário, de que há exemplos recentes na legislação, que terminaram por exacerbar-se as críticas a essa atitude e a radicalizarem-se opiniões no sentido oposto. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, em artigo antes citado e publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, detectaram o que consideram "certa liberalidade":"A despeito de disposições tão claras – referem-se os autores aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição federal – têm-se verificado certa liberalidade na requisição ou no fornecimento de informações cobertas pelo sigilo bancário."Liberalidade que, com certeza, não pode ser debitada aos bancos, sempre acusados de sonegar informes. De qualquer forma, assim fortaleceu-se a tese da necessidade do sigilo.
46. Sabe-se, porém, que o sigilo bancário e o sigilo fiscal não são absolutos, como o STF tem repetidamente proclamado. Mas também não é verdade, como pareceu ao TCU que possa ter acesso a tudo, sem quaisquer barreiras. É que não se pode perder de vista a finalidade específica da fiscalização ou da auditoria que está em curso. Quem fiscaliza, por exemplo, certo órgão haverá de ter acesso a documentos contábeis etc., mesmo sigilosos, mas que tenham relação específica com o objetivo da fiscalização. Tais fiscais ou auditores não podem aproveitara ocasião para pedir informes reservados sobre outras pessoas, sobre outros órgãos ou sobre outros assuntos.
47. Essa idéia vem bem expressa no despacho proferido pelo Min. SEPÚLVEDA PERTENCE no inquérito n. 901-6 – DF (DJde 23.2.1995, fls. 3506) e que, ainda que em circunstâncias diversas, traçou a linha demarcatória que bem se aplica ao caso:
"Do mesmo julgado [Petição 577 - RTJ148/366]se extrai, contudo, segundo penso, que não cabe autorizar a ruptura do sigilo bancário, senão quando necessária, por sua pertinência, à informação de procedimento investigatório em curso sobre suspeita razoavelmente determinada de infração penal, incumbindo a demonstração de tais pressupostos ao requerente da autorização respectiva.
Ao contrário, entendo, não pode a disclosure das informações bancárias, servir de instrumento de devassa exploratória, isto é, não destinada à apuração de uma suspeita definida, mas, sim, à busca da descoberta de ilícitos insuspeitados."
Dir-se-á que a fiscalização busca precisamente a descoberta de casos talvez ocultos. Sim, mas a exploração haverá de cingir-se ao órgão fiscalizado, não podendo servir de pretexto para "devassa exploratória" à procura de informações outras sobre outros órgãos, por exemplo.
48. Creio mesmo que a obtenção de informes ou de documentos sigilosos sobre outras pessoas ou órgãos em tais circunstâncias possa configurar a espécie prevista no inciso LVI do art. 5°da Constituição:
"LVI –são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".
49. Em busca de conselho que possa facilmente ser seguido pelos administradores, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. LUIZ CARLOS STURZENEGGER, em despacho que proferiu sobre o Parecer PGFN/N° 833/96, de início citado, assim se manifestou:
"Em termos práticos, se o que cabe ao TCU é a fiscalização da utilização de dinheiros públicos, é evidente que informações necessárias ao pleno exercício de tal mister hão de ser irrestritamente prestadas, tanto pelo Banco Central quanto pela Secretaria da Receita Federal".
Embora o douto Procurador-Geral leve essa regra às últimas conseqüências, não permitindo o conhecimento de nenhum dado sigiloso que se não refira a dinheiro público, interpreto a regra mais benignamente: O TCU – entendo – em certos casos, pode ter conhecimento de informações sigilosas, desde que sejam meio de alcançar aquele fim. Em

outras palavras: as informações sujeitas a sigilo, de pessoas ou empresas não fiscalizados, só podem ser levados ao conhecimento do TCU, se imprescindíveis à fiscalização do dinheiro público. Se – por exemplo – durante fiscalização da Caixa Econômica Federal, quiser o TCU verificar a exatidão do saldo de Depósitos Populares,pode dar-se-lhe acesso às contas individuais, com essa única finalidade. Nenhum dado, todavia, dessas contas pode ser levado ao conhecimento de quem quer que seja, nem mesmo do Congresso Nacional. Será a Caixa Econômica que estará – Ex hypothesi– sob fiscalização e não as pessoas físicas que por acaso mantenham conta na instituição.

50. Parece-me, portanto, que regra constitucional não escrita, nos limites acima expostos, autoriza o acesso a dados sigilosos.

51. Portanto, o exame isento da questão, leva ao entendimento de que ao Tribunal de Contas pode ter acesso, mesmo a dados sigilosos, quando estiver em missão, que hoje lhe está assegurada, de fiscalizar as instituições financeiras. Isto não lhe confere, entretanto, a pretensão a qualquer informação sobre quem não esteja, in actu, submetido à sua fiscalização. Igualmente, no tocante ao sigilo fiscal, a fiscalização que exerça sobre atividades, por exemplo, da Receita Federal, não lhe permite acesso, exempligratia, às declarações de rendimentos das pessoas.

Em outras palavras, quando a órgãos fiscalizatórios se permite o conhecimento de dados reservados a permissão tem em mira, exclusivamente, a finalidade daquela fiscalização, e não coscuvilhar a vida alheia.

52. Não se pode esquecer, também, de que quem quer que tenha acesso a essas informações, quer no TCU, quer no Judiciário, fica, sob as mesmas penas legais, obrigado ao sigilo, nos termos do § 6°do art. 38 da Lei n. 4.565, de 31.12.1964, do art. 198 da Lei n. 5.172, de 25.10.1966, e do art. 86, IV, da Lei n. 8.443, de 16.7.1992, não os isentando – no meu entender – a aparência de publicidade que as especulações da imprensa apresentam. É que a mera especulação é radicalmente diferente da revelação autêntica de fatos cujo conhecimento se deve exclusivamente em virtude da função fiscalizatória.

53. As penalidades – Resta, por último o exame das penalidades com que o Tribunal de Contas ameaça para obter as informações que pretende. Aqui, é preciso dizer que se os informes pedidos estiverem entre aqueles que, de acordo com o que antes se disse, lhe devam ser prestados, o responsável por eles pode realmente ser apenado com multa, expressamente prevista no art. 58, IV:

"Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...)

IV – não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal."

54 Já no que diz respeito à possibilidade de afastamento, ainda que temporário de servidor, não creio que possa ser defendida com tanta tranqüilidade. De fato, a Lei Orgânica do Tribunal é expressa nesse sentido, como se vê de seu texto, mas parece-me de constitucionalidade duvidosa:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1°. Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caputdeste artigo.

§ 2°. Nas mesmas circunstâncias do caputdeste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos artigos 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastante para garantir o ressarcimento dos danos em apuração."

Tenha-se em conta, em primeiro lugar, que o pressuposto da conduta punível é que não haja motivo para a sonegação dos documentos ou haja a mera intenção de retardamento ou dificultação da auditoria ou inspeção. Ora, não se dirá que o sujeitar-se a processo crime não é motivo suficiente, ou que haja a intenção de retardar ou dificultar a auditoria ou inspeção. Quanto à provável inconstitucionalidade, resulta ela da desmedida intervenção de um Poder em outro.

55. Creio que, entendida a Constituição nos seus justos limites, manter-se-á aquele equilíbrio entre a vida privada e a vida pública de cada pessoa a que se refere ALCEU AMOROSO LIMA, quando comenta o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

"A distinção entre vida privada (ou particular) e vida pública (ou social) é uma conseqüência da própria natureza da pessoa humana, sobre a qual está construído todo esse admirável edifício jurídico internacional, que devemos respeitar e praticar como um dos dados fundamentais de toda sociedade digna desse nome. O homem é um ser ao mesmo tempo voltado para dentro de si mesmo e para fora de si. São duas faces congênitas de sua natureza, de cujo equilíbrio depende a normalidade ou anormalidade da vida humana, individual ou coletiva" (Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos.Rio: Francisco Alves, 1974. P. 72, 73).

56. Como quer que seja, a divergência doutrinária sobre o tema e mesmo sobre o limite do acesso aos dados sigilosos, recomenda extrema cautela no trato da questão, não aconselhando a que, na falta de texto expresso de lei, se levante o véu do sigilo, exclusivamente com base em revelação de regra legal não-escrita, principalmente diante de certas passagens dos votos proferidos no MS 21.729-4, e assim expressos (o negrito é nosso, a sublinha indica realce do original):

Min. MARCO AURÉLIO:

"Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial."

Min. MAURÍCIO CORRÊA:

"Senhor Presidente, os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinqüenta anos, sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial"

Min. CELSO DE MELLO:

"Apenas o Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

Sendo assim, Sr. Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a, decretação[de quebra] do sigilo bancário pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer legitimamente as informações que lhe tenham sido requisitadas"

Min. ILMAR GALVÃO:

"Também tenho por certo que toda pretensão à quebra do sigilo bancário – salvo a exceção prevista no art. 58, § 3º, da Constituição, relativa às Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais –, haverá de passar pelo crivo do Poder Judiciário, incumbindo a este verificar, observadas as cautelas do devido processo legal e do direito à ampla defesa, se está ela apoiada em motivo revestido da relevância necessária a justificá-la."

57. Como se viu, é especialmente delicada a situação dos servidores e das autoridades detentoras de informações sigilosas dada a gravidade das penas a que podem sujeitar-se, quer atendam ao TCU, quer deixem de atendê-lo.

58. À vista do exposto, e considerando que a ninguém é dado obter acesso a informes sigilosos indiscriminadamente, como pretende o TCU ("inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados" – Decisões 224/94 e 670/95, de início citadas), sou de opinião que não devem ser franqueadas as informações que a legislação vigente tache de sigilosa. Paralelamente, para que a atitude não seja interpretada como de confronto, é conveniente que a questão seja submetida à apreciação do Judiciário, com o que se evita grave conflito institucional entre órgãos de Poderes diversos, cônscios ambos de que apenas cumprem a lei.

É como me parece, S.M.J. de V. Exª.

Brasília, 2 de setembro de 1996
MIGUEL PRÓ DE OLIVEIRA FURTADO
Consultor da União.

____
PARECER: GQ - 110
NOTA: A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo". Em 10.9.96. Publicado na íntegra no Diário Oficial de 12 de setembro de 1996, p. 18.050.